CONCLUSIE VAN DE ADVOCAAT-GENERAAL F. CAPOTORTI VAN 15 OKTOBER 1981 [1]

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

1. De onderhavige prejudiciële zaak werpt een probleem op betreffende de uitlegging van artikel 18 van het Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (hierna: het Executieverdrag), getekend te Brussel op 27 september 1968. Hetzelfde probleem is recentelijk door het Hof behandeld in een andere prejudiciële zaak: ik doel op het arrest van 24 juni 1981, zaak 150/80, Elefanten Schuh. Ik zal hier dan ook zeer kort kunnen zijn.

Laat ik beginnen met een samenvatting van de feiten. De firma Ossberger Turbinenfabrik, gevestigd te Weißenburg, Beieren, had tegen een van haar Franse cliënten, de firma Établissements Rohr SA te Sarcelles, Val d'Oise, een procedure ingeleid voor het Landgericht Ansbach waarin zij betaling vorderde van verscheidene onbetaalde rekeningen. Ter rechtvaardiging van de bevoegdheid van de aangezochte rechterlijke instantie beriep verzoekster zich op een forumclausule in haar algemene verkoopvoorwaarden. De firma Rohr betwistte enkel de bevoegdheid *ratione loci,* zonder verweer ten gronde aan te voeren. Bij vonnis van 15 december 1978 besliste het Landgericht Ansbach dat de forumclausule geldig was op grond van artikel 17 Executieverdrag, en veroordeelde het verweerster, die de gegrondheid van de eis niet had betwist, tot betaling van het gevorderde bedrag alsmede van de proceskosten.

In hoger beroep bij het Oberlandesgericht Nürnberg wierp de firma Rohr opnieuw de exceptie van onbevoegdheid op, waarbij zij zich wederom van verweer ten gronde onthield. Haar beroep werd bij arrest van 13 juni 1979 afgewezen. Het daarop ingestelde beroep tot cassatie voor het Bundesgerichtshof werd tenslotte bij beschikking van 19 maart 1980 niet-ontvankelijk verklaard, op grond dat het niet tijdig was gemotiveerd.

Op verzoek van de firma Ossberger had de president van het Tribunal de grande instance te Pontoise intussen de uitvoerbaarheid in Frankrijk uitgesproken van het vonnis en de kostenbeschikking van het Landgericht Ansbach.

In haar beroep tegen deze beschikking bij de Cour d'Appel te Versailles betoogde de firma Rohr dat artikel 18 Executieverdrag de verweerder die de bevoegdheid van de aangezochte rechter wil betwisten, niet toestaat tegelijkertijd zijn verweermiddelen ten gronde aan te voeren. Het feit dat de Duitse rechters in casu niet alleen de exceptie van onbevoegdheid hadden verworpen doch tevens ten gronde hadden beslist, vormde volgens haar een kennelijke schending van rechten van de verdediging en, bijgevolg, van de openbare orde als bedoeld in artikel 27, sub 1, Executieverdrag. Mitsdien had de erkenning in Frankrijk van het vonnis van het Landgericht Ansbach uitgesloten moeten worden geacht.

Bij arrest van 26 november 1980 heeft de Cour d'Appel te Versailles de behandeling van de zaak geschorst en het Hof

1 — Vertaald uit het Italiaans

krachtens artikel 3 van het Protocol van 3 juni 1971 betreffende de uitlegging van het Executieverdrag de volgende prejudiciële vraag voorgelegd:

„Moet, gelet op elk van de teksten van het EEG-Executieverdrag, die overeenkomstig artikel 68 van dat Verdrag zijn opgesteld in respectievelijk de Duiste, de Franse, de Italiaanse en de Nederlandse taal, worden aangenomen dat artikel 18 van het Verdrag zich verzet tegen het tegelijkertijd subsidiair voeren van verweer ten gronde wanneer de door die tekst toegelaten exceptie van onbevoegdheid wordt opgeworpen, opdat de bevoegdheidsvraag definitief zou worden afgedaan vóór elk debat ten principale, dan wel dat bedoeld artikel 18, zonder dit uitdrukkelijk te zeggen, de mogelijkheid biedt de exceptie van onbevoegdheid die zij openstelt, op te werpen en tevens, maar dan subsidiair, ten gronde te concluderen, opdat de aangezochte rechter zich zo nodig met een enkel beslissing zowel ten principale als over de exceptie zou kunnen uitspreken, naar het voorbeeld van wat uitdrukkelijk wordt bepaald in artikel 76 van de nieuwe Franse Code de procédure civile met bepaalde modaliteiten ter bescherming van de rechten van de verdediging?"

2. Artikel 18 Executieverdrag bepaalt:

„Buiten de gevallen dat zijn bevoegdheid voortspruit uit andere bepalingen van dit Verdrag, is de rechter van een Verdragsluitende Staat, voor wie de verweerder verschijnt, bevoegd. Dit voorschrift is niet van toepassing indien de verschijning uitsluitend ten doel heeft de bevoegdheid te betwisten, of indien er een ander gerecht bestaat dat krachtens artikel 16 bij uitsluiting bevoegd is".

In de motivering van het verwijzingsarrest is de Cour d'Appel te Versailles uitvoerig ingegaan op het verschil tussen de Franse versie van bovengenoemde bepaling en de Italiaanse, Nederlandse en Duitse versies. Immers, de Franse versie van artikel 18, tweede zin, bepaalt: „Cette règle n'est pas applicable si la comparution a pour objet de contester la compétence. . .", terwijl volgens de drie andere taalversies het bepaalde in de eerste zin niet van toepassing is „indien de verschijning *uitsluitend* ten doel heeft de bevoegdheid te betwisten . . ."

Dit verschil in de vier taalversies van artikel 18 Executieverdrag was voor het Belgische Hof van Cassatie reeds aanleiding, het Hof bij arrest van 9 juni 1980 te vragen of „de bevoegdheidsregeling van artikel 18 toepasselijk (is), wanneer verweerder niet alleen de bevoegdheid heeft betwist, maar bovendien ook over de zaak zelf heeft geconcludeerd". Zoals gezegd gaat het hier om de prejudiciële zaak 150/80, Elefanten Schuh, die heeft geleid tot het arrest van 24 juni 1981. Het Hof heeft onder meer verklaard dat voornoemd artikel „aldus moet worden uitgelegd, dat de daarin gestelde bevoegdheidsregel niet van toepassing is wanneer de verweerder niet slechts de bevoegdheid betwist, doch ook over de zaak zelf concludeert, mits de betwisting van de bevoegdheid, zo zij al niet voorafgaat aan elk verweer ten gronde, niet plaats vindt na het tijdstip van de stellingname die naar nationaal procesrecht als het eerste voor de aangezochte rechter voorgedragen verweer is te beschouwen".

Er zij in dit verband op gewezen dat het Hof in rechtsoverweging 14 heeft verklaard dat de oplossing volgens welke de bevoegdheid van de aangezochte rechter en de vordering ten gronde tegelijkertijd

mogen worden betwist, „het best overeen(komt) met de doelstellingen en de strekking van het Executieverdrag. Volgens het burgerlijk procesrecht van sommig verdragsluitende staten immers zou aan een verweerder die enkel het probleem van de bevoegdheid opwerpt, geen gelegenheid meer mogen worden gegeven om verweer ten gronde te voeren in geval de rechter het middel van de onbevoegdheid afwijst. Een uitlegging van artikel 18, die tot een dergelijk resultaat zou leiden, zou strijdig zijn met de bescherming van de rechten van de verdediging in de oorspronkelijke procedure, welke bescherming een van de doelstellingen van het Executieverdrag is". Het Hof heeft één beperkende voorwaarde gesteld, waar het verklaart: „De betwisting van de bevoegdheid kan evenwel slechts het door artikel 18 daaraan verbonden gevolg hebben, indien de verzoeker en de aangezochte rechter reeds bij het eerste verweer van de verweerder kunnen begrijpen dat de verweerder beoogt de bevoegdheid van de rechter te betwisten".

De in dit arrest neergelegde opvatting dient mijns inziens zonder meer te worden bevestigd. Zoals bekend regelt artikel 18 de „stilzwijgende aanwijzing" van een bevoegde rechter (zie het Rapport Jenard over het Executieverdrag, blz. 38); daartoe leidt het uit de verschijning van de verweerder de aanvaarding van de bevoegdheid van de aangezochte rechter af, die wordt geacht te zijn gekozen door de verzoeker, geheel buiten de in andere voorschriften van het Executieverdrag genoemde gevallen. Om in concreto uit te sluiten dat de verschijning wordt aangemerkt als een stilzwijgende uiting van de wil de bevoegdheid te aanvaarden, is een duidelijke wilsuiting in tegenovergestelde zin, dat wil zeggen een exceptie van onbevoegdheid, voldoende. Maar indien die exceptie eenmaal is opgeworpen, valt niet in te zien op welke grond het de verweerder verboden zou zijn subsidiair, voor het geval de rechter zich bevoegd mocht achten, op de hoofdzaak in te gaan. Het belangrijkste doel van de verschijning is stellig steeds de betwisting van de bevoegdheid (de Franse versie van artikel 18 is derhalve juist geformuleerd, in tegenstelling tot de andere versies), maar waarom zou men de verweerder beletten een voorzorgsmaatregel te nemen, door argumenten aan te voeren enkel voor het geval zijn exceptie van onbevoegdheid wordt verworpen?

3. In de motivering van het verwijzingsarrest heeft de rechter *a quo* gesteld dat uitlegging van artikel 18 noodzakelijk is voor de oplossing van het door de firma Rohr in verband met de tenuitvoerlegging van het Duitse vonnis opgeworden probleem, te weten of de erkenning van dat vonnis niet strijdig is met de openbare orde van de aangezochte staat (artikel 27, sub 1, Executieverdrag). Zoals gezegd vloeit bedoelde strijdigheid volgens de firma Rohr voort uit een uitlegging van artikel 18 in die zin dat dit ieder verweer ten gronde belet (zodat de rechten van de verdediging zouden worden geschonden); hieruit volgt dat indien bovenbedoelde uitlegging wordt verworpen, geen grond meer bestaat om genoemd artikel 27, sub 1, in casu van toepassing te achten. In werkelijkheid heeft de firma Rohr en zeker niet de Duitse rechter artikel 18 Executieverdrag onjuist uitgelegd, en een onjuiste procesvoering door de betrokkene kan natuurlijk niet tot gevolg hebben dat de erkenning van het vonnis waarbij hij is veroordeeld, wordt verhinderd!

Ik zou hieraan nog twee overwegingen willen toevoegen. In de eerste plaats kan het criterium van de openbare orde niet worden ingeroepen om in het kader van

de tenuitvoerlegging een vorm van toetsing van de bevoegdheid van de rechter van de staat van herkomst van het vonnis te verkrijgen: artikel 28, laatste alinea, Executieverdrag sluit die toetsing uitdrukkelijk uit — onverminderd het bepaalde in de eerste alinea — en verklaart: „de bevoegdheidsregels betreffen niet de openbare orde als bedoeld in artikel 27, nr. 1". Volgens artikel 28, eerste alinea, kan de bevoegdheid van de rechter van wie de ten uitvoer te leggen beslissing afkomstig is, alleen worden getoetst indien de in de afdelingen 3, 4 en 5 van de Tweede Titel (artikelen 7-16) vervatte bevoegdheidsregels zijn geschonden; hiermee wordt a contrario bevestigd dat die mogelijkheid niet bestaat ten aanzien van artikel 18. Er is een geval van schending van de rechten van de verdediging op grond waarvan erkenning van een vreemde beslissing kan worden geweigerd, maar dit betreft een nauwkeurig bepaalde situatie: ik doel op het geval waarin „het stuk dat het geding inleidt, niet regelmatig en zo tijdig als met het oog op zijn verdediging nodig was, aan de verweerder, tegen wie verstek werd verleend, is betekend of is medegedeeld" (artikel 27, sub 2). Het is duidelijk dat dit niets uitstaande heeft met het onderhavige geval; er kan alleen uit worden afgeleid dat de bescherming van de rechten van de verdediging, wat een van de bijzondere aspecten daarvan betreft, door de opstellers van het Executieverdrag door een andere bepaling is gewaarborgd dan die betreffende de openbare orde.

In de tweede plaats — en deze opmerking is in casu nog meer op zijn plaats — zie ik niet in op welke grondslag artikel 18 van toepassing kan worden geacht op de voor de Cour d'Appel te Versailles aanhangige procedure. Voor zover uit de stukken blijkt, werd de bevoegdheid van de Duitse rechter door de firma Ossberger staande gehouden (en door het Tribunal de grande instance erkend) op grond dat partijen bij de levering uitdrukkelijk de bevoegde instantie hadden aangewezen. Ongetwijfeld had de firma Rohr de exceptie van onbevoegdheid kunnen opwerpen door zich onder verwijzing naar artikel 17 Executieverdrag te beroepen op de ongeldigheid van de forumclausule. Maar juist omdat een clausule bestond, diende niet het geval van stilzwijgende toekenning van bevoegdheid, het enige geval waarop artikel 18 betrekking heeft, ter discussie te worden gebracht. Algemeen gezegd wordt hiermee duidelijk dat artikel 18 niet het oog heeft op alle situaties waarin de verweerder een exceptie van onbevoegdheid meent te kunnen opwerpen, maar alleen op de gevallen waarin deze wil voorkomen dat zijn verschijning wordt aangemerkt als een stilzwijgende aanvaarding van een bevoegdheid die iedere andere grondslag ontbeert.

4. Concluderend geef ik derhalve het Hof in overweging, in antwoord op de door de Cour d'Appel te Versailles bij arrest van 26 november 1980 gestelde prejudiciële vraag te verklaren, dat artikel 18 van het Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken niet belet dat de verweerder die de exceptie van onbevoegdheid van de door de verzoeker aangezochte rechter opwerpt, tegelijkertijd — subsidiair — zijn verweer ten gronde aanvoert.